مجلة رسالة الحقوق ISSN-2032-2075

الإصدار (17) العدد الثاني
أبريل – مايو – يونيو 2025

الشرط الجزائي والشرط التعسفي وأثرهما في عقود الاستهلاك "دراسة مقارنه"

Penalty clause, arbitrary clause and their impact on consumer contracts (comparative study)

بحث مقدم من قبل
م.م علي حميد رشيد
جامعة كربلاء / كلية القانون /القسم الخاص

الخلاصة
من خلال البحث في موضوع الشرط الجزائي والشرط التعسفي في نطاق عقود الاستهلاك تمكنا من الوصول إلى ادراك اهمية اعادة النظر في المبادئ التقليدية التي يقوم عليها (تشريعنا المدني العراقي) الحالي وضروه اضفاء تعديلات بشكل يكفل عدم الغلو في تقديس تلك المبادئ، وقد اوضحنا في هذا البحث ان الشرط الجزائي هو نظام قانوني مشروع، غير ان المغالاة في تقدير قيمته ادت إلى الاختلال الواضح بين الالتزامات المترتبة على العقد، الامر الذي ينتج عنه صراع دائم بين من قام باشتراطه ويتمسك به اعمالا لمبدا العقد شريعة المتعاقدين والحرية التعاقدية بالإضافة إلى سلطان الإرادة وبين المُلزم بتنفيذه الذي يرغب في استبعاده تحقيقا للعدالة، بالإضافة إلى صعوبة تحديد الشرط التعسفي لعدم استخدام المشرع العراقي لعنصرين هما التعريف بالشرط التعسفي واسلوب القائمة على سبيل المثال لا الحصر. ، ولم يتطرق المشرع العراقي إلى أي تعريف أو قائمة بخصوص الشرط التعسفي وكيفية تمييزه عن الشروط المشابهة له ولم يحدد ايضاً نصوصاً تخص الشرط الجزائي تاركا الامر للقواعد العامة ومواد القانون المدني. واما النسبة إلى قانون حماية المستهلك فهنالك اختلاف كبير بين القانون العراقي والقانون اللبناني والمصري حيث احتوى متن قانون حماية المستهلك العراقي على 18 مادة اما متن قانون حماية المستهلك اللبناني فتكون من 132 مادة ومتن قانون حماية المستهلك المصري 76 مادة.

الكلمات المفتاحية: عقد، استهلاك، مسؤولية، ضرر

Abstract
Through research into the issue of the penal clause and the arbitrary clause within the scope of consumption contracts, we were able to reach an understanding of the importance of reconsidering the traditional principles upon which our current (Iraqi civil legislation) is based and the necessity of adding amendments in a way that ensures that there is no exaggeration in sanctifying those principles, and we have explained in this The research shows that the penal clause is a legitimate legal system, but the overestimation of its value has led to a clear imbalance between the obligations resulting from the contract, which results in a permanent conflict between those who stipulated it and adhere to it in accordance with the principle of the contract, the law of the contracting parties, contractual freedom in addition to the authority of the will, and the obligor. With its implementation, which he wishes to exclude in order to achieve justice, in addition to the difficulty of defining the arbitrary condition, the Iraqi legislator does not use two elements, namely the definition of the arbitrary condition and the method of the list, to name but a few. The Iraqi legislator did not address any definition or list regarding the arbitrary condition and how to distinguish it from similar conditions. It also did not specify texts related to the penal condition, leaving the matter to the general rules and articles of the civil law. As for the consumer protection law, there is a big difference between the Iraqi law and the Lebanese and Egyptian law, as the body of the Iraqi consumer protection law contains 18 articles, while the body of the Lebanese consumer protection law consists of 132 articles, and the body of the Egyptian consumer protection law contains 76 articles.

Key words : a contract , consumption ,responsible ,damage.

المقدمة

أولا: التعريف بموضوع البحث

من المبادئ المهمة التي توصل اليها المشرع احتراما لحرية الانسان وحقوقه وارادته هو مبدا العقد شريعة المتعاقدين، وذلك بسبب كثرة عقود الاستهلاك واعتماد الناس عليها حيث لا يمكنهم الاستغناء عنها فضلاً عن عدم وجود بديل يحقق الغرض المقصود منها، لذا لا يمكن لبحث واحد ان يفي هذا العنوان حقة، بل يجب ان تتم بلورته في بحوث ودراسات علمية فقهيه عدة لتوفر حماية تشريعية وقضائية يرتضيها الجميع، وليس الامر في هذا الموضوع انه مهم بل هو من اهم المواضيع الذي لا يتناسب مع حجم المجال التشريعي الذي استنفذ من اجله، لان وصف المستهلك لازم لكل انسان فلا يمكن ان نجد انسانا لا ينطبق عليه هذا الوصف.

ثانياً: أهمية الموضوع وأسباب اختياره

ان العلاقة بين الشرط الجزائي والشرط التعسفي هو انهما شرطان يقترنان بالعقد لأنهما يتعلقان بما يتفق عليه المتعاقدان لتحديد العلاقة التعاقدية بينهما من الحقوق والالتزامات، وان من اهم المقومات المشتركة بين الشرط الجزائي والشرط التعسفي هو انهما يقيدان اثار العقد ويكونان محلا (للتغيير) سواء بالانقاص منه أو الزياد فيه بالنسبة إلى الشرط الجزائي في القانون المدني العراقي واما في قانون الموجبات والعقود اللبناني فقد حدد نقصان هذا الشرط بالتنفيذ الجزئي للموجب، أو باستبعاده نهائيا من العقد بالنسبة إلى الشرط التعسفي، بالإضافة إلى ضرورة ان لا يخالفان النظام العام والآداب العامة أو النصوص الآمرة بالإضافة إلى وجوب شرعيتهما وخضوعهما للقواعد القانونية الواردة في القانون المدني وقانون حماية المستهلك العراقي واللبناني.

ثالثاً: إشكالية البحث

تتمثل اشكالية الموضوع في مدى الارتباط القائم بين الشرط الجزائي والشرط التعسفي وعلاقتهما في عقود الاستهلاك بالإضافة إلى دور قانون حماية المستهلك العراقي واللبناني في تجنب استغلال الطرف الضعيف (المستهلك) من قبل المحترف في عقود الاستهلاك، وبيان ما حقيقة الارتباط القائم بين الشرط الجزائي والشرط التعسفي؟ وما اهمية التمييز بينهما؟ وما مدى وجودهما في عقود الاستهلاك؟

رابعاً: منهجية البحث

وقد اعتمدنا في هذا البحث منهجيات متعددة لمعالجة اشكالية هذا البحث منها المنهجية التحليلية للنصوص والقرارات في العراق ولبنان اضافه الى أننا سنعتمد على المنهج المقارن على صعيد النص التشريعي المدني والاجتهادات واراء الفقهاء.

خامساً: خطة البحث

من اجل الالمام بكل حيثيات البحث المتعلقة بالشرط الجزائي والشرط التعسفي تم تقسيم البحث الى مبحثين وكل مبحث يحتوي مطلبين وكالاتي.

المبحث الأول: مفهوم الشروط الطارئة على عقود الاستهلاك
المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي في عقود الاستهلاك
المطلب الثاني: مفهوم الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك
المبحث الثاني: اثار تضمين الشروط الطارئة في عقود الاستهلاك
المطلب الأول: إثر تضمين الشروط الجزائية في عقود الاستهلاك
المطلب الثاني: إثر تضمين الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك

المبحث الأول/ مفهوم الشروط الطارئة على عقود الاستهلاك

العقد هو المصدر الرئيسي للالتزامات حيث تنصرف إرادة الاطراف إلى ابرام اتفاق للحصول على خدمة معينة بالنسبة للمستهلك والحصول على منفعة مادية بالنسبة للمهني أو المحترف، لان المطلوب من هذا العقد يبقى دائماً هدفا للأطراف المتعاقدة لتنفيذه وتكون على عدة مراحل تبدأ من تبادر الفكرة إلى التفاوض واتفاق ثم تنتهي بمرحلة تنفيذ العقد. ومن البديهي القول ان كل من يدخل في عقد مع طرف اخر انما يهدف للحصول على منفعة معينة مادية أو معنوية، وان الحصول على هذه المنفعة هو بالتأكيد دافع لكل الاطراف للالتزام بتنفيذ ما يترتب عليهم من موجبات ليستطيعوا الحصول على المقابل، فالقوه الالزامية للعقد تتبع من إرادة المدين نفسه لان التزامه بالموجب انما فرض على نفسه وجوب انفاذه[1].والاصل ان العقد خالٍ من الشروط غير المألوفة وخلافاً لهذا الاصل فإن عقود الاستهلاك قد تتضمن شروطاً يعتقد انها طارئة على العقد وليست من مقتضياته وهي الشرط الجزائي غير المألوف والمبالغ به والشرط التعسفي، بالإضافة إلى ان هدف طرفي عقد الاستهلاك هو الحصول على سلعة أو منفعة من ناحية المستهلك وبيع سلعة أو منفعة مادية من قبل المجهز، وحيث ان الشرط الجزائي والشرط التعسفي هما ليسا هدفا لطرفي عقد الاستهلاك لذا آلينا ان نعقد لهذه الشروط تسمية الشروط الطارئة. ويعد الشرط الجزائي من الشروط الطارئة على عقود الاستهلاك، وهي كتعويض اتفاقي لقيمة الضرر اللاحق أو تنصرف إلى شروط تعسفية لتنفيذ الالتزام بالشكل المتفق عليه من قبل البائع والمشتري (المجهز والمستهلك)، حتى يتم تنفيذ الالتزامات التعاقدية على النحو المنشود فالأطراف المتعاقدة منذ بداية تكوين العقد يضعون في حسبانهم احتمال اخلال طرف بتنفيذ التزاماته[2].

المطلب الأول/ مفهوم الشرط الجزائي في عقود الاستهلاك

تباينت التسميات بخصوص هذا الشرط في القوانين المدنية فسمي بالشرط الجزائي أو البند الجزائي أو التعويض الاتفاقي أو التعيين بالاتفاق أو التعيين الاتفاقي، اما بالنسبة للمشرع العراقي فقد اطلق علية اسم (التعويض الاتفاقي) واما المشرع اللبناني فقد اخذ بتسمية (البند الجزائي)، وفي القوانين المدنية وعند حدوث واقعه معينة في عقد بين طرفين احدهما دائن والاخر مدين حيث ينتج من هذا التعاقد التزامات متقابلة، فإن الضرر الذي يلحق الدائن بسبب اخلال المدين بتنفيذ التزامه أو التأخير في تنفيذه يعطي الدائن حق المطالبة بتعويض على مقدار الضرر الذي لحق به، وفي هذه الحالة اذا لم يتمكن الدائن والمدين من التفاهم ودياً على تحديد مقدار التعويض مقابل الضرر، فلا مناص من اللجوء إلى القضاء[3]. ويكون تقدير المحكمة مستنداً إلى ما جاء في القوانين المدنية اذ يمكن للقاضي تقدير التعويض عن طريق تعيين خبراء لتقدير مدى تناسب التعويض مع الضرر، فالمادة 259 من قانون الموجبات والعقود اللبناني نصت على "ان تعيين قيمة بدل الضرر في الاساس بواسطة القاضي وقد يكون بنص قانوني أو باتفاق بين المتعاقدين" ونصت المادة 260 من نفس القانون على " يجب ان يكون بدل العطل والضرر معادلا تماما للضرر الواقع أو الربح الفائت"[4]. اما في القانون المدني العراقي فقد نصت المادة (169) اولا على "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدره"[5].

ويلاحظ ان المشرع العراقي اعطى الحرية للقاضي في تقدير قيمة التعويض من الضرر الناتج في العقد النافذ، اي على القاضي الاطلاع الكامل على مضمون العقد وتقدير التعويض بما ترى المحكمة ذلك وبعد الاطلاع على تقرير الصادر من الخبير بخصوص حجم الضرر ومقدار التعويض، ومع ذلك فإن ترك موضوع تقدير التعويض إلى المحكمة فيه نوع من الصعوبة وتضييع الوقت مقارنة مع وضع شرط جزائي في العقد فقد اعطى المشرعان العراقي واللبناني لأطراف العقد حقا الاتفاق السابق للضرر المتوقع اللاحق بوضع مقدار التعويض عن الاخلال بتنفيذ التزام فحوى العقد، ويُفعل هذا الشرط عند عدم تنفيذ الموجب أو الالتزام أو اذا كان سبب التعاقد وتنفيذه محددا بزمن معين فيكون التأخير سببا لتفعيل الشرط الجزائي[6]، وغالباً ما يضع اطراف العقد الشرط الجزائي في العقود ذات القيمة المادية الكبيرة وهنا لنا ان نتساءل عن امكانية ان يضمن هذا الشرط في عقود الاستهلاك؟ من هنا سوف نفصل الحديث في الشرط الجزائي في عقود الاستهلاك بحسب القوانين المدنية كما جاء في القانون المدني العراقي وقانون الموجبات والعقود اللبناني وايضاً في قانوني حماية المستهلك العراقي واللبناني، وسنحاول ان نتعرض لتعريف الشرط الجزائي في الفرع الاول وبيان الطبيعة القانونية للشرط الجزائي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي

اختلفت تعريفات الشرط الجزائي أو كما يسمى التعويض الاتفاقي في القوانين تبعاً لاختلاف المعرِف، فتعريف القانون للتعويض الاتفاقي بوصفة مادة من المواد يختلف عن تعريف شراح القانون والمجتهدين، فتعريف الموضوع كمادة من المواد يظل قاصراً على بيان حقيقة التعويض الاتفاقي، لأنه وضع لمسايرة الاجتهاد وتكييفه وشرط استحقاقه والهدف منه ومدى سلطة القاضي في تعديله[7]. لقد عرف مصطفى العوجي الشرط الجزائي على انه " اتفاق الفرقاء سلفاً سواء في العقد ذاته، أو بموجب وثيقة مستقلة، على تحديد قيمة التعويض المتوجب للفريق الذي لم ينفذ الموجب العائد له أو الذي حصل تأخير في تنفيذه"[8]. وعرفه عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير في احكام الالتزام في القانون المدني "بانه اتفاق يحدد فيه المتعاقدان مقدما مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو أخل به أو تأخر في تنفيذه، ويسمى ايضا بالشرط الجزائي فهو شرط يدرج عادة ضمن شروط العقد الاصلي "[9]. واما عبد الرزاق السنهوري فقد عرفة "بأنه التعويض الذي يقوم به بتقديره المتعاقدان مقدماً بدلاً من تركه للقاضي، والذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أو يتفقان على مقدار التعويض في حالة تأخر المدين عن تنفيذ التزامه"[10]. اما بالنسبة للقوانين المدنية فقد اشار قانون الموجبات والعقود اللبناني رقم 46 والصادر في 1932/10/20 إلى البند الجزائي في المادة 266 "للمتعاقدين ان يعينوا مقدماً في العقد أو في صك لاحق، قيمة بدل العطل والضرر في حالة تخلف المديون عن تنفيذ الموجب كله أو بعضه، وقد وضع البند الجزائي لتعويض الدائن من الاضرار التي تلحق به من عدم تنفيذ الموجب. فلا يحق له ان يطالب بالأصل والغرامة معاً، الا اذا كان البند الجزائي قد وضع لمجرد التأخير أو على سبيل اكراه المديون على الايفاء، ويحق للقاضي ان يخفض غرامة الاكراه اذا وجدها فاحشة، وللقاضي ان ينقص البدل المعين في البند الجزائي اذا كان قد نفذ قسم من الموجب الاصلي"[11]. لقد ميز المشرع بين البند الجزائي الموضوع على سبيل التعويض البدلي في حالة عدم تنفيذ الموجب بصورة نهائية وبين البند الاكراهي المتمثل بغرامة تأخير بغية اكراه المدين على الايفاء، ففي الحالة الاولى يعد الفريقان قد توافقا على احلال التعويض الذي اتفقا علية محل الموجب الذي لم ينفذ، فيكون تحديدهما له نهائيا وملزما لهما، ولا يحق للقاضي انقاصه لأنه تم برضى الطرفين وهما مدركان لمضمونه ولما يعبر عنه من تقدير للضرر الذي يمكن ان يلحق بالطرف الذي لم ينفذ ما هو واجب عليه، وكان كلا الطرفين في العقد حرا بان لا يلتزم به، ويشترط ان يكون هذا التوافق صريحا وقد ادرك كل فريق مضمونه والتزامه به بصورة نهائية[12]. اما علاقة البند الجزائي في قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 659 والصادر في 2005/2/4، فقد اشرنا له في المقدمة حول اطراف عقد الاستهلاك وبيان مفهوم كل من المستهلك والمحترف والرابطة بينهما في هذا العقد، حيث انصرف مفهوم هذا القانون إلى حماية المستهلك من بطش المحترف بالفرق الواضح بين موقع كل من الطرفين في عقود الاستهلاك وعدم التكافؤ بينهما من ناحية القوة العقدية المحسوبة بالخبرة في موضوع التزام العقد، حيث نظم المشترع العلاقة التعاقدية لأشخاص هذا القانون باعتماد احكامه في

كل ما لا يتعارض مع النصوص القانونية التي ترعى عمل المهن الحرة والمصارف وشركات التأمين، وهو يوجه العناية إلى المستهلك بحيث يوجب تفسير العقود لما فيه مصلحة المستهلك، في حال وجود غموض أو تناقض في بنودها، ولتحديد مدى توافر رضى المستهلك لا بد من الاخذ بالاعتبار ظروف التعاقد والمنافع التي يمنحه اياها القانون اضافة إلى الاخذ بالاعتبار التوازن بين حقوق وموجبات الطرفين[13]. حيث وضع هذا القانون كل شيء في نصابه من ناحية تفسير العقد لمصلحة المستهلك، وكذلك حدد البنود التي تعد المهني متعسفا في استعمال حقة فيما لو وضع أحدها في العقد ومن ضمنها هو البند الجزائي حيث ورد في المادة 26 في الفقرة السادسة منها في الفصل السادس من القانون ذاته حيث منع المهني من "إلزام المستهلك، في حال عدم انفاذه ايٍّ من موجباته التعاقدية، بتسديد المحترف تعويضاً لا يتناسب مع الاضرار الناتجة عن ذلك". ان المشرع اللبناني كان على وعي كامل بهذا الموضوع لوضع حد لتعسف المحترف ومنعه من اضافة بند جزائي لا يتناسب مع الضرر الناتج ليقع على عاتق الطرف الضعيف وهو المستهلك، فضلاً عن ان المشرع اللبناني حدد التعويض الذي يستحقه المستهلك في العقد بهذا القانون، حيث ورد في المادة 3 من القانون ذاته في الفصل الثاني (حقوق المستهلك) في الفقرة الخامسة "الحق بتعويض كامل ومناسب عن الاضرار الناتجة عن استهلاك سلعة أو الانتفاع من خدمة لدى الاستعمال بشكل سليم. اما المشرع العراقي فقد اورد الشرط الجزائي في عدة مواد من القانون المدني العراقي، فقد جاء في المادة 170 اولا: "يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة المواد التالية من القانون عينه: 168 - 256 - 257 - 258"[14]. وقد تعلقت المادة 168 باستحقاق التعويض اذا استحال على الملتزم بالعقد تنفيذ التزامه عينا ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ أو التأخير فيه نشأ عن سبب اجنبي. واوجبت المادة 256 اعذار المدين لاستحقاق التعويض مالم ينص القانون على غير ذلك، وفصلت المادة 257 صور الاعذار وعالجت المادة 258 حالات عدم ضرورة الاعذار. ان الشرط الجزائي قد يكون تعويضا عن عدم التنفيذ، كما لو اشترط المشتري على البائع تعويضا معينا إذا تصرف في المبيع لشخص اخر، وقد يكون تعويضا عن التأخير في التنفيذ، كما لو اشترط المالك على المقاول تعويضا معينا عن كل يوم يتأخر فيه عن اقامة البناء وتسليمه بعد الميعاد المتفق عليه في العقد[15]، والعكس صحيح في المثالين اعلاه بين البائع والمشتري والمالك والمقاول بالنسبة إلى عدم تنفيذ الالتزام من قبل المشتري والمقاول تجاه كل من البائع والمالك. اما علاقة الشرط الجزائي في القانون حماية المستهلك العراقي (رقم 1 لسنة 2010) فلم يدرج المشترع العراقي في قانون حماية المستهلك الشرط الجزائي كما فعل المشرع اللبناني والذي منع المهني من وضع شرط جزائي يتحمله المستهلك بما لا يتناسب مع مقدار الضرر الحاصل، وانما ترك ذلك للمبادئ العامة والمواد المذكورة في القانون المدني بخصوص الشرط الجزائي.

حيث اغفل المشرع العراقي امور متعددة تخص الشرط الجزائي في عقود الاستهلاك وابرزها:

1- الشروط التي تلزم المستهلك بتعويض المجهز في حالة عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية دون ان تلزم المجهز بنفس التعويض ان اخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية،

2- كان عليه منع وضع الشروط التي تلزم المستهلك في حالة عدم تنفيذ التزاماته، بتسديد تعويض مبالغ فيه للمجهز لا يتناسب مع الاضرار الناتجة عن الاخلال[16].

ويلاحظ ان الشرط الجزائي قليل الذكر في عقود الاستهلاك بل يكاد يختفي مقارنةً مع الشروط التعسفية الموجودة في بنود عقد الاستهلاك. قد اثبت الواقع العملي ان الشروط التي تتضمنها هذه العقود اصبحت رويدا رويدا تتسم بعدم العدالة إلى الحد الذي قد يصل الاجحاف، بسبب عدم التكافؤ المفرط بالعلم والمعرفة بين المتعاقدين، وما زاد من خطورة هذا الامر ان هذه الشروط تمثل ضررا محدقا بالمستهلك في الوقت الذي لا يعيرها اي عناية لحظة ابرام العقد، وانما يكتشف امرها حينما يواجه صعوبات في التنفيذ، حينئذ يدرك انه وضع نفسه مختاراً تحت رحمة المتعاقد الاخر[17].وجاء في القضاء المصري "ان الشرط الجزائي هو التزام تابع للالتزام الاصلي اذ هو اتفاق على جزاء الاخلال بهذا الالتزام، فاذا كان الالتزام الاصلي بفسخ العقد، سقط معه الشرط الجزائي ولا يعتد بالتعويض المقرر بمقتضاه، فإن استحق تعويض للدائن تولى القاضي تقديره وفقا للقواعد العامة"[18]. فنرى ان تعريف الشرط الجزائي في عقود الاستهلاك "هو التزام كشرط مضاف إلى بنود عقد الاستهلاك على شكل اتفاق بين المهني والمستهلك مقدراً التعويض الذي ينتج اثره في حال وجود ضرر لسبب يعود إلى عدم تنفيذ احدهما إلى الاخر اي من التزاماته التعاقدية المتفق عليها والتي لولاها لما ابرم العقد أو التأخر في تنفيذها فيما لو كان الزمن عنصراً اساسياً متفقاً عليه أو متعارفاً عليه".

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للشرط الجزائي

يعد تحديد الطبيعة القانونية للشرط الجزائي من حيث كونه تعويضاً أو عقاباً أو شيئاً اخر امراً ذا صعوبات جمة بالنظر لتشعب الوظائف التي اصبحت تضطلع بها هذه المؤسسة في ظل الانظمة القانونية المعاصرة، وهذا ما ادى إلى الاختلاف بين الفقه والاجتهاد القضائي في مسألة الوظيفة التعاقدية للشرط الجزائي. واذا كان تحديد قيمة البند الجزائي كتعويض بدلي عن عدم التنفيذ لا يثير صعوبات الا ان الصعوبة تتعاظم احيانا في تحديد طبيعة البند الجزائي الخاص بالتأخير في التنفيذ ولتحديد الطبيعة القانونية للشرط الجزائي ينبغي ايجاد اجابة للسؤال المثار حول طبيعته بكونه يشكل تعويضا مقدراً سلفاً يتضمن عقد من عقود الاستهلاك ام هو شيء اخر غير ذلك؟

فيمكن مثلاً للفرقاء ان يحددوا مبلغا معينا عن كل يوم تأخير في تسليم بضاعة مشتراة، اذ كان مشتري البضاعة مقيماً في

فندق ومضطراً للرجوع مع البضاعة إلى مقر عملة، ما دام لم يستلم البضاعة فاذا جاء البند الجزائي محددا لقيمة التعويض في حال التأخر بما يوازي ايجار الغرفة اليومي عدّ التعويض تعويضاً عن النفقات التي يتحملها المشتري مادام مقيماً في الفندق ولا مجال في هذه الحالة لوصفه بغير وصف (التعويض)، اما اذا جاء البند الجزائي محددا قيمة معينة تفوق بكثير الضرر الواقعي فلا شك في ان للقاضي الحق بعدها غرامة اكراهيه فيحق له تخفيضها إلى حدود التعويض المعقول[19].

كذلك بحث فقهاء القانون الطبيعة القانونية للشرط الجزائي وتوصلوا إلى عدة نظريات حول هذا الموضوع وذهب اصحاب كل نظرية إلى انها تمثل الاساس القانوني الصحيح للشرط الجزائي، وابرز هذه النظريات:

اولا: نظرية العقوبة الخاصة.

ثانيا: نظرية التعويض الاحتمالي.

ثالثا: نظرية الاتفاق التعويضي.

رابعا: نظرية التعويض - العقوبة.

وسنحاول ان نتفحص الاسس العامة لكل نظرية من هذه النظريات:

اولا: نظرية العقوبة الخاصة:

يرى اصحاب هذه النظرية ان للشرط الجزائي طبيعة العقوبة الخاصة حيث يلتقي في غايته مع الجزاء العام، فاذا كان الجزاء العام يقي من خرق النظام الاجتماعي العام فالشرط الجزائي يقي من خرق النظام التعاقدي، حيث يعلم المدين ما يتعرض له اذا اقدم على خرق العقد بعدم تنفيذه أو التأخر فيه، ومن هنا فإن التأثير النفسي للعقوبة الخاصة بالشرط الجزائي تدفع المدين إلى تنفيذ الالتزام الاصلي[20] ومن ثم فإن الميزة في الشرط الجزائي هي عند وجوده في عقود الاستهلاك من قبل المحترف على ذمه المستهلك، اذ لا يبقى امام المستهلك سوى تنفيذ بنود العقد على الشكل المتفق عليه وتسديد ما في ذمته وبخلاف ذلك هو يعلم العقوبة التي تنتظره والتي وافق عليها سلفاً بغض النظر عن المكانة العقدية بين الطرفين.

الا ان هذه النظرية تعرضت لانتقادات من جهة عدم صحة ترك مسألة العقوبة في يد الافراد في ظل مراكز غير متكافئة خاصة في ظل انعدام تام لرقابة القضاء حسب منطق هذه النظرية، مع ملاحظة ان دور التأثير الجازم للشرط الجزائي يبدو واضحا في حال كونه اكبر من الضرر، لكن هذا الدور يقل أو يكاد يختفي في حال كونه اقل من الضرر[21].

ثانياً: نظرية التعويض الاحتمالي:

يمثل الشرط الجزائي عند اصحاب هذه النظرية تقديراً مسبقاً للتعويض المحتمل نتيجة عدم تنفيذ العقد أو التأخر فيه، وتترك هذه النظرية للقاضي حرية تعديل المبلغ المحدد مسبقا في العقد وفقا للضرر الحقيقي الواقع فعلاً، وقد انتقد المعارضون لهذه النظرية فلسفة ادراج الشرط لان هذه النظرية تجافي الحكمة أو الغاية من مشروعية الشرط الجزائي لأن اطراف العقد وضعوا الشرط الجزائي للابتعاد عن تحييد القضاء واجراءات التقاضي، وان هذه النظرية اتاحت للقاضي التدخل لتعديل ما اتفق عليه المتعاقدان مما يؤدي إلى ان يفقد الشرط الجزائي اثرة العقابي الذي يحمله ويفقده ايضاً اساسه الفلسفي على إرادة الطرفين[22].

ثالثاً: نظرية الاتفاق:

تذهب هذه النظرية إلى ان اساس الشرط الجزائي إرادة العاقدين واتفاقهما على التعويض المستحق في حال عدم الالتزام أو التأخير في التنفيذ، فالشرط الجزائي بحسب هذه النظرية يلزم المدين (المستهلك) بدفع الشرط الجزائي المتفق علية إلى (المهني)، دون ان يلزم الدائن ببيان الضرر أو بيان مقداره، وذلك نتيجة منطقية لهذه النظرية، بناءً على هذا لا يمكن للمدين ان يطلب تخفيض البند الجزائي اذا كان التعويض اكبر من الضرر، وكذلك لا يمكنه طلب الغائه في حالة انعدام الضرر ولا يمكن للدائن طلب رفع مبلغ الشرط الجزائي اذا كان اقل من الضرر الواقع فعلاً.

وانتقدت هذه النظرية بانها تركز على مبدا سلطان الإرادة الذي يخول الافراد ان ينشئوا من العقود ويرتبوا من الالتزامات على أنفسهم ما يريدون، مالم يخالف النظام العام والآداب العامة، وهذا المبدأ لم يعد اساساً صالحاً لكل عقد في معظم التشريعات الوضعية، بعد ما شكل التمسك الحرفي به قدرا من المساوئ والمظالم نتيجة عدم التكافؤ بين أطراف العقد ومنها عقود الاستهلاك بين المهني والمستهلك اضافة إلى العقود الاخرى، مما استلزم اطلاق يد القاضي في الكثير من العقود ليحقق التوازن بين الادعاءات[23].

رابعا: نظرية التعويض – العقوبة:

يرى مؤيدو هذه النظرية بأن الاساس القانوني الصحيح للشرط الجزائي يكمن في كونه تعويضا له بعض اثار العقوبة، لأنه لو كان عقوبة محضة فأنه لا يستحقه المدين الا اذا كان مخطئا، لان الهدف من العقوبة اجبار المدين على تنفيذ التزاماته ولو كان تقديرا للتعويض، فإن خطا المدين قد لا يؤخذ في الاعتبار اذ ان المدين قد يتحمل مخاطر العقد بتعهده بدفع التعويض وان لم يكن مخطئا.

ان هذه النظرية تقر بالتعويض من خلال افتراض الخطأ كشرط لترتب المسؤولية ومن خلال استحقاق الشرط الجزائي بوقوع الضرر أو عدم استحقاقه اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه ضرر، اضافة إلى انها تقر بالعقوبة من خلال اعفاء الدائن من عبء اثبات الضرر الذي لحقة ليحكم به، والقاء عبء اثباته على المدين ليتخلص من الحكم عليه به[24].

والحقيقة انه بالرغم من الاختلاف القائم حول الاساس القانوني للبند الجزائي الا انه يوجد اجماع حول شرعية البند الجزائي[25].

ويرى الباحث ان وجود شرط جزائي في عقد الاستهلاك فهو ليس مقياساً لاعتباره تعويضاً فقط عن ما قد يصيب المحترف من ضرر، بل هو يأخذ معنى التهديد والتعويض معا مما قد يوصله إلى معنى العقوبة وإن كان ليس بالصورة المألوفة في العقوبات المقررة في القانون الجزائي، فالشرط الجزائي يظهر فيه الجزاء جلياً واضحاً وأنه يدور وجودا وعدما حول إخلال المستهلك بالتزامه، ولكن مع صحة أن التعويض الاتفاقي بحسب النصوص المذكورة في القوانين العربية ومنها القانون المدني العراقي في المادة 170 ثانيا وثالثا، اذ لا يستحق إذا أثبت المستهلك أن المهني لم يلحقه أي ضرر، لأنه من القواعد العامة لا تعويض بغير ضرر، وإن كان التعويض اتفاقياً تم تحديده جزافاً كما في الشرط الجزائي، إلا أنه لو كانت قيمة التعويض أقل من حجم الضرر الذي أصاب المحترف، فإنه ليس للمحترف أن يطالب بزيادة مقدار التعويض، وهذا ما يؤكد انفصال مقياس التعويض عن معيار الضرر من جهة، واعتماده على معيار الخطأ ودرجة جسامته، ولا سيما أن بإمكان المحترف أن يطالب بزيادة مقدار التعويض فقط عندما يثبت أن المستهلك قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، وهذا مقياس التعويض من جهة أخرى، وهو ما ورد ايضاً في قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة (266) الذي اشار إلى ان لا يمكن للدائن (المحترف) ان يطالب بالأصل والغرامة معا الا اذا كان البند الجزائي قد وضع لمجرد التأخير أو على سبيل اكراه المديون أو المستهلك على الايفاء، أي بمعنى ان المشرع اللبناني قد وضع هذا النص وانه على يقين من وجود هذا البند في بعض العقود على سبيل العقوبة والضغط على المدين لتنفيذ التزامه، وان الضغط على المدين في العقود هو وضع بند جزائي اكبر من الالتزام المتفق عليه في العقد، ليفرض سيطرته على المدين واجباره على التنفيذ، وهذا ما نراه في التعامل المجتمعي وفي عقود الاستهلاك بصورة خاصة. لذا فعل المشترع العراقي الصواب عندما اتاح المجال للقاضي في تعديل الشرط الجزائي من زيادة ونقصان وفي جميع الحالات للوصول إلى أكبر قدر من التوازن العقدي وبسط العدالة بين الطرفين.

المطلب الثاني/مفهوم الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك

ان المبدأ العام في العقود هو ان العقد شريعة المتعاقدين (ومن ضمنها عقود الاستهلاك) اي ان للطرفين الاتفاق على كل بنود العقد للوصول إلى النتيجة المطلوبة ولكن دون مخالفة القانون أو النظام العام والآداب العامة، وان حرية المتعاقدين تجيز ان يضعوا شروطاً في العقد، واذا تم انعقاد العقد فانه يصبح ملزما لطرفية احتراما لأرادتهما، ولكن في بعض الاحيان يضع احد الاطراف في العقد شروطاً تعسفية، قد تكون نتيجة لقوته الاقتصادية أو لميزة فاحشة يحصل عليها المحترف من المستهلك بسبب كونه غير ممتهن أو ضعيف من ناحية الخبرة مقابل المحترف، فما كان على المشرع الا اصدار قانون حماية المستهلك الذي يهدف إلى توفير الحماية للطرف الضعيف في عقود الاستهلاك تجاه اي بند يتصف بطابع التعسف.

اما الاسباب التي دفعت إلى وجود مثل هذه البنود التعسفية في عقود الاستهلاك فأنها تتجسد في التحولات التي شهدها العالم اليوم في شتى المجالات الاقتصادية والسياسية والثقافية والقانونية ومن زيادة في معدل الطلبات على السلع والخدمات مما ادى إلى تغيير حقيقي في انماط الممارسات التجارية وكان من نتائج ذلك ان نشأ مركز قانوني لاثنين من اهم الاشخاص الفاعلين في الحياة الاقتصادية وهم المحترف الذي يمكن ان يطلق عليه وصف الشخص القوي المتفوق اقتصادياً، والمستهلك الذي يوصف بالشخص الضعيف الامر الذي ترتب عليه حصول خلل جدي في العقود من حيث التوازن في الحقوق والموجبات بين اطرافها[26].

الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي

سنستعرض اولا التعريف الفقهي للشرط التعسفي ومن ثم نتطرق إلى التعريف التشريعي لهذا الشرط.

اولا: التعريف الفقهي للشرط التعسفي:

تباينت تعاريف الشرط التعسفي بحسب الجهة المنظور اليها وكالآتي:

1- **من حيث طريقة فرضه**: عرفه الدكتور سليمان الجميلي "بأنه كل شرط تعاقدي يحقق منفعة أو ميزة لمصلحة المشترط على حساب المتعاقد الضعيف "[27].

وكذلك عرفه الدكتور سعيد سعد "بانه الشرط الذي يتم تحريره مسبقا من قبل الطرف صاحب النفوذ الاقتصادي القوي، والذي يخوله ميزة اعلى بالمقارنة مع الطرف الاخر"[28].

2- **من حيث أطراف العلاقة العقدية في الشرط التعسفي ومصدره:** عرفه الدكتور نائل عبد الرحمن صالح بأنه "هو الشرط الذي يفرض على المستهلك من قبل المهني أو البائع، متعسفا في استعمال قوته الاقتصادية بهدف الحصول على ميزة مجحفة"[29].

وايضا عرفه عبد المنعم موسى ابراهيم بقوله "هو البند الذي يضعه المحترف في العقد الموقع بينه وبين غير المهني أو المستهلك، اعتمادا من المحترف على سلطته الاقتصادية من اجل الحصول على منفعة من العقد اكثر مما يستحق"[30].

3- **من حيث اثره على العلاقة التعاقدية وتوازنها**: عرفه الدكتور خالد ممدوح ابراهيم "الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن تعاقدي لصالح المهني أو المحترف في مواجهة المستهلك الذي لا تتوفر لدية الخبرة أو الدراية الفنية أو الاقتصادية"[31].

وعرفه ايضا الدكتور حمد الله محمد "بانه ذلك الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن تعاقدي لصالح المحترف والذي يفرضه على الطرف الاخر الذي لا خبرة له أو المتعاقد الذي وجد في مركز عدم المساواة الفنية أو الاقتصادية أو القانونية في

مواجهة الطرف الاخر"[32].بعد الاطلاع على التعاريف السابقة نجد ان اغلب الفقهاء قد ركزوا على المنفعة التي يتحصل عليها المجهز بحيث لا يستطيع المستهلك الرد أو التفاوض على بنود هذه العقود كما هو الحال في عقود الاذعان، على الرغم من قرب عقود الاستهلاك من عقود الاذعان الا ان الفرق واضح لان المستهلك قد يكون في امس الحاجة إلى السلعة المعروضة فيمكنه الحصول عليها من بائع اخر اي مجهز اخر وهذا ما تفقده عقود الاذعان لان الذاعن يكون هو الخيار الوحيد امام المستهلك.

ثانيا: التعريف التشريعي للشرط التعسفي:

لحظ المشرع اللبناني امكانية حصول تفاوت بين الموجبات كما لحظ بان الموجبات يمكن ان تفرض على فريق في العقد، وعلى الرغم من ذلك فانه لا يمكن التذرع بهذا التفاوت والفرض لأبطال العقد، اذا لم تتحقق الشروط التي وضعها وهي ان يكون المغبون قاصرا أو اذا كان راشدا ان يكون الغبن فاحشا وشاذا عن العادة المألوفة وان يكون المستفيد اراد استثمار طيش أو عدم الخبرة في المغبون، فاذا نقلنا هذه الشروط الخاصة لتوافر الغبن إلى اطار البند التعسفي نرى ان كل بند يتصف بهذه الصفات محدثا تفاوتا فاحشا في الموجبات وناتجاً عن استثمار ضيق واستغلال عدم خبرة الطرف الاخر لادركنا ان مثل هذا البند يكون معرضاً للأبطال لمساسه بمبادئ اساسية تقوم عليها سلامة وصحة العقد ولألحاقه الضرر بالطرف الاخر بانتقاصه من حقوقه الناتجة عن العقد، ومن جهة ثانية يمكن ان تتصف البنود المخالفة لأحكام قانونية الزامية بصفة البنود التعسفية فيما اذا ثبت انها فرضت على الطرف الاخر في العقد أو وضعت بغفله عنه وهي في كل حال باطلة بحكم القانون[33].اما بالنسبة للمشرع العراقي، فقد ذهبت المادة 7في الفقرة الاولى من القانون المدني العراقي إلى: "من استعمل حقة استعمالا غير جائز وجب عليه الضمان"، وذهبت المادة 132/1 من ذات القانون إلى انه "يكون العقد باطلا اذا التزام المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانونا أو مخالف للنظام العام والآداب العامة" لأن السبب الممنوع قانونا أو المخالف للنظام العام والآداب العامة قد يكون هو شرطاً في متن العقد مفروضاً من المجهز على حساب المستهلك، فيكون المشرع قد احاط هذا الشرط وغيره من اسباب بصورة عامة تاركاً تفسيره للقضاء والفقه، وتطرق القانون نفسه إلى الشروط التعسفية الواردة في عقود الاذعان في المادة 167/2 التي نصت على ان "اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفق ما تقتضي به العدالة ويعد باطلا كل اتفاق يقع على خلاف ذلك"، لأن مثل هذا الشرط يؤدي إلى المساس بحقوق احد الاطراف لحساب مصلحة الطرف الاخر ناتجاً عنه الاختلال في التوازن العقدي في هذا الاتفاق. وهذا يعني ان المشرع العراقي قد تلافى بهذه المواد التي تخص عقود الاذعان من ان يقع الطرف المذعن من الخضوع للمجهز وسيطرته، ولكن ليس كل عقد اذعان هو عقد استهلاك وليس كل عقد استهلاك هو عقد اذعان، لذلك قد لا يستفيد منها المستهلك كما يستفيد منها المذعن. ففي حالة ادرج المحترف شروطا تعسفية، على المحكمة ان تتدخل لتخفف من حدة هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها اما في حالة اذا جاء الاتفاق مخالف لما نص عليه القانون فإن هذا الاتفاق يكون باطلا كالاتفاق الذي يسمح للمحترف ان يسلم بضاعه غير مطابقة للمواصفات المثبتة في العقد[34].

الفرع الثاني: معايير تحديد الشرط التعسفي

يتبين من النصوص السابق ذكرها ومن تعريف الفقهاء للشرط التعسفي بانه يتحقق ايضاً في اطار العقود المبرمة بين المجهز والمستهلك ومن خلال معيارين الاول معيار اقتصادي وهو استخدام المجهز لنفوذه الاقتصادي تجاه ضعف المستهلك والثاني معيار قانوني يتعلق بالأثر المترتب على المعيار الاول وهو الميزة الفاحشة غير القانونية التي يحصل عليها المجهز على حساب المستهلك، اما اذا تعلق الامر بتقدير الطابع التعسفي لشرط وارد في عقد الاستهلاك فإن ذلك يتم بالاستناد إلى معيار شخصي مع الاخذ بعين الاعتبار المستهلك المتعاقد وظروف ابرام العقد[35]، لذلك يجب الخوض فيهما لتحديد كون الشرط الموجود في العقد شرطا تعسفيا أو لا.

المبحث الثاني/ اثار تضمين الشروط الطارئة في عقود الاستهلاك

ان الفكرة الاساسية التي يقوم عليها الشرط الجزائي، تتمثل بأنه وسيلة اتفاقية لتحديد التعويض الذي يستحقه الدائن بعد عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي أو التأخر في تنفيذه، لذلك فهو لا يتعدى الغاية التي وجد من اجلها وهي تعويض الضرر الذي اصاب الدائن من عدم التنفيذ[36]، وللمتعاقدين ان يتفقا مقدما على تحديد مسؤولية من يخل منهما بتنفيذ التزامه أو يتأخر في تنفيذه، والغالب ان يدرج المتعاقدان مثل هذا الشرط في صلب العقد عند ابرامه أو في اتفاق لاحق، بشرط ان يتم هذا الاتفاق اللاحق قبل وقوع الاخلال بالالتزام[37]، ويتضح من المادة (170) من القانون المدني العراقي ان المشرع اجاز للقضاء عند حدوث تنازع بين القوة الملزمة للعقد وفكرة العدالة، وذلك عن طريق امكانية التدخل لتعديل التعويض الاتفاقي مع المحافظة على حرية التعاقد، وان التصحيح بالتعديل في مضمون البند يتحقق بزيادة أو تخفيض مضمون البند الناتج اثره بعدم تناسب الضرر مع التعويض[38]، اما في قانون الموجبات والعقود اللبناني فلم يجز للقاضي تعديل البند الجزائي الا في حالة لو نفذ جزء من الموجب الاصلي.وسنحاول ان نتعرض لهذه الفكرة في مطلبين، نتفحص في المطلب الاول سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي وننظر في المطلب الثاني مصير الشرط الجزائي عند ابطال عقد الاستهلاك.

المطلب الأول/ سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

لكل ما سبق ذكره ومن اجل تحقيق التوازن العقدي، فرض المشرع قيوداً على تدخل القاضي عن طريق تحديد ضوابط يتعين اعتمادها لتعديل الشرط الجزائي وهي على نوعين ضوابط يتعين اعتمادها لتخفيض الشرط الجزائي، وضوابط يتعين

اعتمادها لزيادة الشرط الجزائي، لبذلك سوف نبين في هذا المطلب سلطة القاضي في تخفيض مقدار الشرط الجزائي في الفرع الاول، اما في الفرع الثاني فنتفحص سلطة القاضي في زيادة مقدار الشرط الجزائي أن كان زهيدا أو كان نتيجة تدليس أو كان بسبب خطأ جسيم ناتج عن المدين.

الفرع الأول: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي

يظهر من نص المادة (170) من القانون المدني العراقي، ان المشرع قد اجازا للقاضي تخفيض الشرط الجزائي اذا ثبت المدين ان التقدير كان فادحاً إلى درجة كبيرة وغير متناسب مع نسبة الضرر الحاصل، أو في حالة تنفيذ المدين لجزء من التزاماته تجاه الدائن وسنحاول ان نتناول ذلك في حالتين.

اولا: حالة الشرط الجزائي المبالغ فيه

ان المادة (170) من القانون المدني العراقي "يجوز تخفيض التعويض الاتفاقي اذا أثبت المدين ان التقدير كان فادحاً...".

حيث يتبين من النص، ان القيمة المبالغ فيها لهذا الشرط هي العنصر الاساسي للتعديل وهذا ما جاءت به محكمة التمييز الفرنسية "لا يمكن لقضاة الموضوع وبهدف تخفيض قيمة البند الجزائي ان يقتصروا في قرارهم على التصريح بانها كانت مرتفعة قليلا وانما يجب ان يبحثوا في ما اذا كانت تلك القيمة باهضه بشكل ظاهر"[39].ولقد كان النص واضحا في عبارته فإن القاضي يمكنه التدخل لتعديل الشرط الجزائي المتفق عليه اذا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، فالملاحظ ان النص المذكور قد اكتفى بتحديد الحالة التي يتدخل فيها القاضي لتعديل الشرط وهي حالة المبالغة الكبيرة دون اي بيان اخر، لكنه لم يبين المقصود بالمبالغة الكبيرة أو كيفية تخفيض هذه المبالغة والقيمة التي يمكن ان يصل هذا التخفيض وغير ذلك من التساؤلات التي يمكن ان يثيرها اعمال سلطة القاضي في هذه الحالة[40]. ويذهب الفقه المصري إلى ان المشرع من خلال المادة (224) من القانون المدني المصري، راعى ان المبالغة في الشرط الجزائي إلى درجة كبيرة تعني اما ان الدائن لم يقصد بهذا التقدير سوى تهديد المدين، لكي لا يخل بالتزامه أو ان المدين لم يهتم بهذا التهديد لعزمه على الاخلال أو لعدم توقعه بحال من الاحوال عدم امكانيته لتنفيذ التزامه، واما ان لا يقصد به مجرد جبر الضرر وانما ايقاع عقوبة مالية على المدين، وهو امر غير جائز قانونا، واما ان تقدير قيمة التعويض قد تم بناء على خطأ في تقدير حجم الضرر الذي يحدث بسبب الاخلال، ولما كانت المبالغة اليسيرة لا تنبئ عن معنى التهديد أو العقاب، اضافة ان اختلاف النظر في تقييم ما يكفي لجبر الضرر لا يفصح عن غلط أن لم يتضمن هذا التقييم مبالغة غير معقولة، لذلك لم يسمح المشرع بتخفيض مقدار التعويض الاتفاقي اذا كانت المبالغة فيه لم تصل إلى درجة كبيرة[41]. اما بالنسبة إلى الفقه الفرنسي فقد انقسم على شقين فمنهم من اتبع المعيار الشخصي ومنهم من اتبع المعيار الموضوعي، للقول بوجود مبالغة فاحشة تسمح بتدخل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي، فقد ذهب فقهاء المعيار الشخصي إلى انه من اجل القول بوجود شرط جزائي مبالغ فيه بشكل ظاهر يتعين الاخذ بعين الاعتبار اهمية التنفيذ بالنسبة إلى المتعاقدين[42]، فهذا الموقف من شأنه ان يساعد على توضيح ما اذا كانت تلك المبالغة الفاحشة مبررة ام تعسفية.

ثانيا: تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الاصلي

اشارت المادة 170 من القانون المدني العراقي في الفقرة الثانية منها إلى انه "يجوز تخفيض الشرط الجزائي فيما لو نفذ في جزء من الالتزام الاصلي".وتقابلها المادة 266 من قانون الموجبات والعقود اللبناني في الفقرة الاخيرة منها التي جاء فيها "للقاضي ان ينقص البدل المعين في البند الجزائي اذا كان قد نفذ قسم من الموجب الاصلي".نرى من هذا النص ان الشرط الجزائي قد وضع في العقد لتفادي مشكلة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه كليا، اما اذا كان الشرط قد وضع لمواجهة حالة التنفيذ الجزئي أو للتأخر في التنفيذ، فانه يخرج عن نطاق هذه الحالة الثانية وان كان من الجائز ادخاله في نطاق الحالة الاولى السابق تناولها اذا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة.ويفترض من المادة اعلاه انه يجوز للمدين طلب تخفيض التعويض الاتفاقي اذا اثبت انه نفذ التزامه تنفيذا جزئياً، فاذا اتفق المتعاقدان على تعويض يستحقه الدائن في حالة عدم التنفيذ الكلي للالتزام وقام المدين بتنفيذ جزء منه كان من الطبيعي تخفيض هذا التعويض، لأن الضرر في هذه الحالة يكون على الارجح اقل بالنسبة لعدم التنفيذ الكلي، واذا كان ذلك مما يقتضي تطبيق القانوني السليم واعتبارات العدالة فانه في الوقت ذاته الاقرب إلى النية المشتركة الضمنية للمتعاقدين، حيث ان تدخل القاضي في هذه الحالة لممارسة سلطته في تخفيض الشرط الجزائي يكون متوقفا على التنفيذ الجزئي للالتزام من قبل المدين في حال كون يفترض ان يكون الالتزام قابلا للانقسام، فاذا كان الالتزام الاصلي غير قابل للانقسام فلا يمكن تطبيق نص الفقرة الثانية من المادة (170) من القانون المدني العراقي، ولا الفقرة الاخيرة من المادة 266 من قانون الموجبات والعقود اللبناني. ما اذا كان المتعاقدان قد اتفقا على الشرط الجزائي لمواجهة حالة التنفيذ الجزئي واتفقا على مقدار التعويض بشأنها فأنه يكون على القاضي ان يتقيد بهذا التقدير ولا يمكنه تخفيضه الا اعمالا للحالة الاولى، اي اذا وجده مبالغا فيه إلى درجة كبيرة[43].

الفرع الثاني: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي

تنص المادة (170) الفقرة الثالثة من القانون المدني العراقي على "اما اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا ثبت ان المدين قد ارتكب غشا أو خطا جسيما". وتنص المادة (267) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على "ان البند الجزائي صحيح معمول به وان كان موازيا في الواقع لبند ناف للتبعة، وانما تستثنى حالة الخداع الذي يرتكبه المديون". يظهر ان المشرعين العراقي واللبناني قد اعطيا استثناء بخصوص موضوع زيادة الشرط الجزائي لانهما منعا القاضي من الزيادة في مقدار الشرط الجزائي ان كانت قيمة التعويض الاتفاقي اقل بمقابل

الضرر الحاصل، لكنهما اعطيا المجال للدائن في اثبات ان المدين قد ارتكب بفعله غشا أو خطأ جسيماً فاذا اثبت ذلك جاز للقاضي الزيادة فيه. فالأصل ان القانون يحترم إرادة المتعاقدين فيما اتفقا عليه بشأن تحديد مقدار التعويض المستحق للدائن اذا اخل المدين بالتزامه، وليس في سلطة القاضي تعديل هذا التعويض بزيادته اذا وجده اقل من قيمة الضرر الذي لحق بالدائن، أي ليس من سلطته تحقيق المساواة بين قيمة الضرر الذي وقع ومقدار الشرط الجزائي الا في حالة واحدة يمكنه فيها ان يحكم بتعويض يعادل الضرر الذي اصاب الدائن وهي حالة ارتكاب المدين غشا أو خطا جسيماً، وهذا الاستثناء الذي يجيز للقاضي زيادة الشرط الجزائي في مقداره المتفق عليه، ويفترض اذن مجاوزة قيمة الضرر مقدار التعويض المتفق عليه وارتكاب المدين غشا أو خطا جسيما في عدم تنفيذه لالتزامه[44]. مع مراعاة احتمالية ان يصادف المدين صعوبات اثناء تنفيذ التزاماته بحسب ما يستجد من ظروف لم تكن في حسبانه لحظة ابرام العقد، فيكون عليه ان يبادر لمواجهة هذه الظروف بقدر استطاعته ليتمكن من الوفاء بالتزاماته، فاذا لم ينفذ التزاماته كان على القاضي البحث في نية المدين الحقيقية من خلال الظروف الملابسة لتنفيذ العقد لمعرفة ما اذا كان خطا المدين يرجع إلى ظروف مستقلة عن إرادة المدين، أي دون سوء نية من جهته، فله هنا الا يستجيب للدائن في طلبه زيادة الشرط الجزائي، اما اذا تبين للقاضي ان المدين قد تعمد عدم تنفيذ التزامه، وأن لم يكن ذلك بقصد الاضرار بالدائن[45].أو كان قد ارتكب خطأ جسيماً فللقاضي ان يمارس سلطته في زيادة الشرط الجزائي لتعادل قيمة الضرر الذي لحق بالدائن [46].

المطلب الثاني/ مصير الشرط الجزائي في حال بطلان عقود الاستهلاك أو فسخها

عرفت المادة (137) من القانون المدني العراقي العقد الباطل في الفقرة الاولى منها بأنه:

1. هو ما لا يصح اصلا باعتبار ذاته أو وصفا باعتبار بعض اوصافه الخارجية"
2. فيكون العقد باطلا اذا كان في ركنه خلل كان يكون الايجاب والقبول صادرين ممن ليسوا اهلا للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع.
3. ويكون باطلا ايضا اذا اختلت بعض اوصافه كأن المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة، أو ويكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون [47].اما حكم العقد الباطل بطلان مطلق فلا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلا بحسب المادة 138/اولاً من القانون المدني العراقي، فالعقد الباطل بطلان مطلق بحكم المعدوم ولا يترتب عليه اي اثر، ولكن ذلك لا ينفي ترتب بعض الاثار الاصلية أو العرضية على العقد الباطل بحسب المادة (139 و140) من القانون المدني العراقي، واذا كان العقد باطلا جاز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها بحسب المادة (141) مدني عراقي [48].وقضت محكمة التمييز العراقية " اذا كان بيع السيارة باطلا فعلى المشتري اعادة السيارة بالحالة الاعتيادية إلى البائع ويسأل عن كلفة اصلاح الاضرار الحاصلة وقيمة الاجزاء المفقودة منها"[49]. اما بالنسبة إلى القانون اللبناني فقد اشارت المادة (80) من قانون الموجبات والعقود اللبناني إلى "ان الموجبات الاضافية اي البند الجزائي والكفالة والرهن تسقط مع الموجب الاصلي لكونها مرتبطة به، مالم ينص على العكس في القانون أو في اتفاق الفريقين".

الفرع الأول: بطلان عقد الاستهلاك وأثره على الشرط الجزائي

عالج المشرع اللبناني مسألة بطلان العقد في المواد 233 وما يليها من قانون الموجبات والعقود حيث نصت المادة اعلاه على "يكون ابطال العقد على الدوام من اجل عيب اصلي لحقة وقت انشائه (كالغلط والخداع والاكراه والغبن وعدم الاهلية)، ولا يجوز لغير المحكمة ان تحكم بالأبطال ويكون حينئذ ذا مفعول رجعي على ان العقد يبقى قائم ويستمر احداث مفاعيله العادية ما دام الابطال لم يكن قضائيا". حيث يمكن حل العقد قبل حلول اجله وقبل انفاذه التام بسبب عيب طرأ عليه وقت انشائه أو بسبب احوال تلت انشاءه، فالبطلان كما يفهم من التقسيم الوارد في المادة السابقة يكون عندما يلحق بالعقد عيب من العيوب المفسدة للرضى أو لأي ركن من اركان العقد التي لا يمكن ان يستقيم دون احدها، ويحصل هذا العيب في وقت يتزامن مع نشأة العقد بحيث يصبح العقد معيبا منذ نشأته أو ينشأ معيباً، حيث يحصل هذا الابطال لسبب من اسباب البطلان فيعد العقد غير موجود بسبب العيب الذي اعتراه[50]. اما عندما يكون سبب بطلان (عقد الاستهلاك) الموجب الاساسي متعلقا بمخالفة النظام العام أو الآداب العامة أو الاحكام القانونية التي لها صفة الالزامية والتي تشكل مخالفتها محاولة للتحايل على القانون فالموجب التابع يصبح عنصرا من الموجب الاصلي ومتمماً له، ويؤدي بطلان الالتزام الاصلي إلى بطلانه، ويؤدي ايضا إلى بطلان البند الجزائي الذي كان مندرجا فيه وان مصير الشرط الجزائي عند ابطال العقد الاساسي هو انه يستتبع بطلان العقد الاساسي سواء كان موضوعا عن عدم التنفيذ ام كتعويض عن التأخر في التنفيذ.

اما في حالة بطلان البند الجزائي في عقد الاستهلاك لمخالفته قواعد النظام العام والآداب العامة، فيثار تساؤل حول إثر ابطال البند الجزائي على العقد الاساسي؟

الفرع الثاني: الوضع القانوني للشرط الجزائي في حالة فسخ والغاء عقد الاستهلاك

ان مفهوم الفسخ في القانون المدني العراقي يجري في نفس مسار مفهوم الالغاء في قانون الموجبات والعقود اللبناني باختلاف ان للإلغاء اثر رجعي والفسخ للمستقبل، كما ان الفسخ يترك اثره في عقود الاستهلاك كباقي العقود الاخرى من بيع أو ايجار، حيث ان اطراف عقد الاستهلاك من مجهز ومستهلك تختلف صفاتهم باختلاف المقصر عن تنفيذ التزاماته اتجاه المتعاقد الاخر تحت تسمية دائن ومدين في فسخ العقد.اشار المشرع اللبناني في نص المادة (241) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على "يقدر وجود شرط الالغاء في جميع العقود المتبادلة اذا لم يقم احد المتعاقدين بإيفاء ما يجب عليه ولم يكن في وسعه ان يحتج باستحالة التنفيذ ما لم يكن ثمة استثناء منصوص عليه في القانون، على ان العقد لا يلغى

حتما في هذه الحالة، فإن الفريق الذي لم تنفذ حقوقه يكون مخيرا بين التنفيذ الاجباري على وجه من الوجوه أو الغاء العقد مع طلب التعويض..."[51]. لذلك فاذا كان العقد يحتوي في احد بنوده على شرط جزائي فأنه يختلف عن الابطال، لأن الالغاء يفترض ان العقد صحيح اصلا انما تخلف احد طرفيه عن انفاذ موجبه مما حمل الطرف الاخر على التحرر من التزامه وطلب اعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل انعقاد العقد وهو بنفس المعنى مع الفسخ في القانون المدني العراقي، فطالما كان العقد صحيحاً فإن بنوده ومن بينها البند الجزائي تكون صحيحة ايضا وقد وضع هذا البند كالتزام موقوف على شرط تعليق، يعمل به في حال تحقق هذا الشرط، وهذا الشرط هو عدم تنفيذ العقد وبما ان الالغاء يؤدي إلى عدم تنفيذ العقد، فإن تحققه يؤدي إلى تحقق البند الجزائي فيعمل به، وهذا هو الموقف الذي اتخذته الهيأة العامة لمحكمة التمييز اللبنانية واضعه حداً للتجاذب الذي حصل حول مصير البند الجزائي في حال الغاء العقد[52]. فطالما ان العقد الملغى هو عقد صحيح فإن البند الجزائي الوارد فيه صحيح ايضا، لذلك فاذا كان من شروط توجب البند الجزائي الغاء العقد فإن الغاء العقد هو السبيل إلى هذا التوجب، وليس إلى الغاء البند الجزائي، وهذا ما سار عليه الاجتهاد الحديث الفرنسي واللبناني وايده العديد من الفقهاء[53]. اما بالنسبة إلى الفسخ فإن هناك فرق بين مفهومه في القانون المدني العراقي وقانون الموجبات والعقود اللبناني ، حيث عرف القانون المدني العراقي الفسخ بانه جزاء عدم تنفيذ احد المتعاقدين التزاماته الناشئة عن عقد ملزم للجانبين يترتب عليه حل الرابطة العقدية وزوالها على الاقل في العقود الفورية بأثر رجعي، وقد اشارت محكمة التمييز العراقي اشارت إلى ان فسخ العقد هو صورة من صور المسؤولية العقدية ويتمثل في حل الرابطة العقدية جزاءً لإخلال احد طرفي العقد الملزم للجانبين بأحد الالتزامات الناشئة عنه[54].وقد لحظ النظام القانوني للفسخ ان له ثلاث حالات:

الحالة الاولى هي حالة الفسخ الرضائي كما في نص المادة (178) من القانون المدني العراقي "يجوز الاتفاق على ان العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسة دون الحاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالتزامات الناشئة عنه.." ولما كانت الإرادة هي التي تُنشئ العقد فهي قادرة ايضا على انهائه فيجوز لطرفي العقد الاتفاق على انهاء العلاقة التعاقدية في ما بينهما وما عليهما الا وضع اتفاق ينظم كيفية الخروج من العقد وهذا الاتفاق قد يكون صريحا أو ضمنياً.

لحالة الثانية فهي الانفساخ بحكم القانون وتنتج اذا استحال على المدين تنفيذ التزامه لسبب اجنبي لا يد له فيه، بذلك ينقضي الالتزام وينفسخ العقد بحكم القانون ولا حاجة للجوء إلى القضاء لإصدار حكم بالفسخ الا اذا حصل نزاع في وقوع الاستحالة لسبب اجنبي[55]. وقد نصت المادة (179) مدني عراقي "على انه اذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو قوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه"، وتقابلها المادة (244) من قانون الموجبات والعقود اللبناني حيث نصت على "اذا انحل العقد لاستحاله التنفيذ فلا محل لتعويض الفريق الخاسر، فتكون اذاً مخاطر الحادث واقعة عليه".

الحالة الثالثة فهي الفسخ القضائي فيكون الفسخ هنا نتيجة لإخلال احد المتعاقدين بالتزامه كما لو تبين اثناء تنفيذ العقد ان احد المتعاقدين اخل بالتزاماته سواء لم يتابع العمل الملتزم بإتمامه ام انه اساء تنفيذه، وفي هذه الحالة يحق للمتعاقد الاخر فسخ العقد وانهاء العلاقة التعاقدية مع الطرف الاخر المخل بالتزامه ويحق له ايضا طلب التعويض عن الاضرار التي تسبب بها المتعاقد الاخر، اما اذا وقع غلط في موضوع العقد أو الموجب أو الشخص المتعاقد فإن مصير العقد يكون الابطال وقد سبق البحث في هذا الموضوع في الفرع السابق من هذا المطلب[56].

الخاتمة

من خلال دراسة موضوع "العلاقة بين الشرط الجزائي والشرط التعسفي في نطاق عقود الاستهلاك حيث تمكنا من الوصول إلى ادراك اهمية اعادة النظر في المبادئ التقليدية التي يقوم عليها (تشريعنا المدني العراقي) الحالي وضروه اضفاء تعديلات بشكل يكفل عدم الغلو في تقديس تلك المبادئ، وقد اوضحنا في هذه الدراسة ان الشرط الجزائي هو نظام قانوني مشروع، غير ان المغالاة في تقدير قيمته ادت إلى الاختلال الواضح بين الالتزامات المترتبة على العقد، الامر الذي ينتج عنه صراع دائم بين من قام باشتراطه ويتمسك به اعمالا لمبدا العقد شريعة المتعاقدين والحرية التعاقدية بالإضافة إلى سلطان الإرادة وبين المُلزم بتنفيذه الذي يرغب في استبعاده تحقيقا للعدالة، بالإضافة إلى صعوبة تحديد الشرط التعسفي لعدم استخدام المشرع العراقي لعنصرين هما التعريف بالشرط التعسفي واسلوب القائمة على سبيل المثال لا الحصر، واما النسبة إلى قانون حماية المستهلك فهنالك اختلاف كبير بين القانون العراقي والقانون اللبناني حيث احتوى متن قانون حماية المستهلك العراقي على 18 مادة اما متن قانون حماية المستهلك اللبناني فتكون من 132 مادة، ولم يتطرق المشرع العراقي إلى أي تعريف أو قائمة بخصوص الشرط التعسفي وكيفية تمييزه عن الشروط المشابهة له ولم يحدد ايضاً نصوصاً تخص الشرط الجزائي تاركا الامر للقواعد العامة ومواد القانون المدني، اضافة إلى الاختلاف الواضح بين القانونين في الفصل الخاص بالعقوبات حيث ان المشرع العراقي كان رحيما في فرض العقوبات على من يخالف نصوص احكام قانون حماية المستهلك مقارنة مع العقوبات التي فرضها المشرع اللبناني الذي وازن ما بين العقوبة السالبة للحرية وما بين الغرامات التي قدر اقلها ب اربعة ملايين ليرة واقصاها مائة مليون ليرة اما المشرع العراقي فقد قدر مقدار الغرامة اقل من مليون دينار أو اكثر تاركا السلطة التقديرية إلى القاضي مما اضاف عبئاً اخر على عاتق القضاء بجانب عبء تحديد الشرط التعسفي وزيادة أو نقصان الشرط الجزائي.ومن خلال ذلك توصلنا إلى عدد من الاستنتاجات والتوصيات وكما يمكننا اجمالها بالآتي:

اولاً: الاستنتاجات

1- لم يقتصر بيان احكام الشرط التعسفي في القانون اللبناني على القواعد العامة الواردة في القانون المدني سواء في عقد الاذعان أو بما يتعلق بعقد التأمين، وانما جاءت احكامه الرئيسة التي وفرت قدراً اكبر من الحماية للمتعاقد الضعيف في القوانين الخاصة بحماية المستهلك، اما في العراق فقد جاء في القانون المدني وفي عقود الاذعان فقط ولم يتطرق اليه المشرع العراقي في قانون حماية المستهلك.

2- يشترك كل من الشرط الجزائي المبالغ فيه والشرط التعسفي بكونهما شروطاً مقترنة بالعقد تؤدي إلى اختلال في التوازن العقدي من حيث الحقوق والالتزامات التي تترتب على العقد، إلا ان مفهوم الاختلال في التوازن العقدي يختلف بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي، حيث يوصف الاختلال بوجود الشرط التعسفي بكونه ضمن القوانين الخاصة بحماية المستهلك، بينما لم يتحقق هذا الاختلال المؤثر في الشرط الجزائي ولم نصل إلى مرحلة بطلانه، وانما اكتفى المشرع العراقي بإعطاء الصلاحية للقاضي بتعديل قيمة الشرط الجزائي زيادة أو إنقاصاً، والمشرع اللبناني بتخفيضه في حال التنفيذ الجزئي للموجب.

3-لايمكن اعطاء وصف التعسف للشرط على وفق معيار واحد، وانما عدة معايير لجأ اليها الفقه القانوني، فالبعض ذهب إلى النظرية العامة لعدم التعسف في استعمال الحق، في حين ان الرأي الراجح يذهب إلى ان التعسف يكون متوافراً اذا كنا أمام ميزة أو منفعة مبالغ فيها يحصل عليها أحد اطراف العقد يجعل الخلل في التوازن العقدي خللاً مؤثراً، بينما الاصل في الشرط الجزائي انه مجرد تعويض اتفاقي يقدره المتعاقدان مسبقاً، لذا فإن للقاضي السلطة التقديرية في بيان مدى التناسب بين التعويض الاتفاقي وبين الضرر الذي حصل للدائن.

ثانيا: الاقتراحات

بناءً على ما تقدم نرى اتفاقا مع رأي بعض الباحثين والفقهاء ونزيد عليهم بخصوص هذا الموضوع ومن خلال التوصيات نقدم ما يلي:

1– ضرورة تبني تعريف جامع للشروط التعسفية يتضمن المعايير والعناصر التي تجعل الشرط تعسفيا واضحا متميزا عن غيره من الشروط المماثلة له والتنحي عن الفرضيات التي تلائم بعض الوقائع وتخالف الاخرى، أو جمع في قائمة تلك الشروط التي تبين الشروط التعسفية بطبيعتها ونتيجتها والاصل في تلك القائمة على سبيل المثال لا الحصر والاستناد إلى حكم الشرط التعسفي كلما وجدت في العقد وبالخصوص عقود الاستهلاك، بالإضافة إلى بيان التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) في قانون حماية المستهلك العراقي.

2– اضافة الشروط الجزائية التي تتصف بالطابع التعسفي إلى قائمة الشروط التعسفية والزامها بنفس الحكم، لأن ورود مقدار الشرط الجزائي غير المتطابق مع حجم الضرر بصورة غير معقولة يفهم منه استغلال الضعف الموجود في الطرف المقابل واستغلال قلة الوعي الاقتصادي للوصول إلى غاية مقصودة على حساب المستهلك.

3– على المشرع العراقي الاطلاع على عدد من القوانين المعمول بها في الدول المجاورة أو القوانين المعمول بها في الدول الاوربية والاخذ بالجوانب الايجابية وتلافي الجوانب السلبية من اجل الوصول إلى صياغة قوانين مُحكمة تضمن الايفاء بمتطلبات الموضوع من جوانبه كلها تحقيقا والانصاف لطرفي التعاقد.

الهوامش

(1) محمد مرعي صعب، البند الجزائي دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، الطبعة الاولى لسنة 2006، صفحة 10.

(2) ابراهيم سيد احمد، الشرط الجزائي في العقود بين القانونين المصري والفرنسي، المكتب الجامعي الحديث الاسكندرية، الطبعة الاولى 2003، صفحة 9.

(3) طلال المهتار، البند الجزائي في القانون المدني، اطروحة دكتوراه، 1974 صفحة 12، ومشار اليه لدى محمد مرعي صعب، البند الجزائي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، صفحة 29.

(4) قانون الموجبات والعقود اللبناني رقم 46 لسنة 1932.

(5) القانوني المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

(6) طلال المهتار، البند الجزائي في القانون المدني، مرجع سابق، صفحة 13، ومشار اليه لدى محمد مرعي صعب، البند الجزائي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، صفحة 34.

(7) الياس ناصيف، البند الجزائي في القانون المقارن وفي عقد الليزنغ، سنة 1991، صفحة 122و123.

(8) مصطفى العوجي، القانون المدني الجزء الاول (العقد)، منشورات الحلبي الطبعة السادسة لسنة 2016 صفحة 577.

(9) عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام (الجزء الثاني)، المكتبة القانونية في بغداد 2018 صفحة 71.

(10) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام الجزء الثاني، دار النهضة العربية القاهرة، صفحة 851.

(11) المادة 266 من قانون الموجبات والعقود اللبناني رقم 46لسنه 1932.

(12) مصطفى العوجي، القانون المدني الجزء الاول (العقد)، مرجع سابق، صفحة 587.

(13) غسان رباح، قانون حماية المستهلك الجديد، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الثانية لسنة 2011 صفحة 137.

(14) المادة 170 والمواد المشار اليها في نفس الفقرة من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
(15) عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام (الجزء الثاني)، المكتبة القانونية في بغداد، 2018 صفحة 71.
(16) فاروق ابراهيم جاسم والدكتورة امل كاظم سعود/الوجيز في شرح احكام قانون حماية المستهلك العراقي رقم 1 لسنة 2010، دار السنهوري، بيروت 2016 صفحة 103، 104.
(17) عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية لسنة2004 صفحة 322 وما بعدها.
(18) ابراهيم سيد احمد، الشرط الجزائي في العقود المدين بين القانون المصري والفرنسي، المكتب الجامعي الحديث الطبعة الاولى لسنة 2003، (نقض 1991/4/1 طعن 2328س 57ق) الفقرة التاسعة من صفحة 82.
(19) مصطفى العوجي، القانون المدني الجزء الاول (العقد)، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة السادسة لسنه 2016 صفحة 578.
(20) عبد المحسن سعيد الرويشد، الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه سنة 1983، صادرة عن كلية الحقوق جامعة القاهرة صفحة 75.
(21) عبد المحسن سعيد الرويشد، الشرط الجزائي دراسة مقارنة، مرجع سابق، صفحة 78.
(22) عبد المحسن سعيد الرويشد، الشرط الجزائي دراسة مقارنة، مرجع سابق، صفحه 79.
(23) عبد المحسن سعيد الرويشد، الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي، مرجع سابق، صفحة 83.
(24) عبد المحسن سعيد الرويشد، الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي، مرجع سابق، صفحة 87.
(25) منذر الفضل، احكام الشرط الجزائي، مخطوط ضمن بحوث المؤتمر العلمي الاول حول المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الاسلامية المنعقد في الجامعة الاردنية لسنة 1995 صفحة 2، 3.
(26) نسرين حسين ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك، منشورات زين الحقوقية الطبعة الاولى، 2018 صفحة 90.
(27) سليمان براك الجميلي، الشروط التعسفية في العقود دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كليه الحقوق جامعة النهرين، 2002 صفحة 1، اشار اليه، موفق حمادة عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، صفحة 248.
(28) سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الاذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998 صفحة 50.
(29) نائل عبد الرحمن صالح، حماية المستهلك في التشريع الاردني، مؤسسة الزهران للنشر والتوزيع عمان، الطبعة الاولى، 1991 صفحة 38، اشار اليه، علاء عمر محمد الجاف، الاليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية دراسة مقارنة، منشورات الحلبي، الطبعة الاولى لسنة 2017 صفحة 265.
(30) عبد المنعم موسى ابراهيم، حماية المستهلك دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى 2007 صفحة 453.
(31) خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، 2008 صفحة 364، مشار الية لدى مصطفى احمد ابو عمرو، موجز احكام قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الاولى لسنة 2011، صفحة 171.
(32) حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، القاهرة، دار الفكر العربي، 1997 صفحة 53، مشار اليه، موفق حمادة عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق صفحة 248.
(33) مصطفى العوجي، العقد، الجزء الاول، مرجع السابق، صفحة 765.
(34) نجلاء عبد حسن الاسدي، تدويل عقود المستهلكين واثره في تنازع القوانين، منشورات زين الحقوقية، لبنان بيروت، الطبعة الاولى، 2020، صفحة 57.
(35) نسرين حسين ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الاولى 2018 صفحة 102.
(36) شمس الدين الوكيل، دروس في العقد وبعض احكام الالتزام، منشاة المعارف، الاسكندرية 1961 الطبعة الاولى، صفحة 225.
(37) حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية(الضرر)، شركة التايمس للطباعة والنشر، بغداد 1991 الجزء الاول صفحة 255.
(38) ريما فرج مكي، تصحيح العقد دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب في لبنان، الطبعة الاولى 2011، صفحة 91.
(39) محكمة التمييز الفرنسية، الغرفة المدنية الاولى 1995/11/14، في النشرة الاولى رقم 412.
(40) محمد حسن قاسم، القانون المدني، المجلد الثاني (العقد)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى 2018، صفحة 351.
(41) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في الالتزامات الجزء 2، مرجع سابق، صفحة 871.
(42) Malaurie. La révision judiciaire des clause pénales. répertoire notariat Defrenois,1976 N 12.
140مشار اليه لدى عبد الرزاق ايوب، مرجع سابق، صفحة .
(43) محمد حسن قاسم، القانون المدني، المجلد الثان، العقد، مرجع سابق، صفحة 361.
(44) محمد حسن قاسم، مرجع سابق، صفحة 363 – 362.
(45) في هذا الحكم اعتبرت المحكمة ان الغش يتوافر في جانب المدين اذا تعمد عدم تنفيذ التزامه حتى ولو كان ذلك دون قصد الاضرار بالمتعاقد معه، عبد الرزاق ايوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي، مرجع سابق، صفحة 156
(46) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، صفحة 778-779.
(47) انظر نص المادة 137 من القانون المدني العراقي، في الفقرة الاولى والثانية والثالثة منه.

(48) عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات الجزء الاول، منشورات جامعة جيهان الخاصة، اربيل، الطبعة الاولى لسنة 2011، صفحة 363.
(49) القرار التمييزي المرقم 274 والصادر في 1981/3/26، مجموعة الاحكام العدلية، عدد 1، صفحة 181.
(50) قرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز اللبنانية رقم 5 لسنة 1991/2/19، النشرة القضائية، العدد الاول سنة 1990/1991 صفحة 63.
(51) انظر المادة 241 من قانون الموجبات والعقود اللبناني رقم 46 لسنة 1932.
(52) مصطفى العوجي، القانون المدني الجزء الثاني، العقد، مرجع سابق، صفحة 592.
(53) محمد مرعي صعب، البند الجزائي دراسة مقارنة، مرجع سابق، صفحة 162.
(54) محمد حسن قاسم، العقد في القانون المدني، المجلد الثاني، مرجع سابق، صفحة 371.
(55) عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات الجزء الاول، منشورات جامعة جيهان الخاصة، الذاكرة للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى 2011، صفحة 471.
(56) مصطفى العوجي، الجزء الثاني العقد، مرجع سابق، صفحة 698.

قائمة المصادر والمراجع

اولاً: المراجع العربية

أ- الكتب

1- ابراهيم دسوقي ابو الليل، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية، جامعة الكويت، الطبعة الاولى، سنة 1984.
2- ابراهيم سيد احمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي، المكتب الجامعي الحديث الاسكندرية، الطبعة الاولى 2003.
3- ابراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الاذعان وعقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة الطبعة الاولى 2014.
4- حسن علي الذنون،المبسوط في المسؤولية المدنية(الضرر)،شركة التايمس للطباعة والنشر، بغداد1991 الجزء الاول.
5- حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، القاهرة، دار الفكر العربي، 1997.
6- خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الطبعة الاولى 2009.
7- خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، 2008.
8- ريما فرج مكي، تصحيح العقد دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الاولى 2011.
9- سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الاذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
10- شمس الدين الوكيل، دروس في العقد وبعض احكام الالتزام، منشاة المعارف، الاسكندرية 1961 الطبعة الاولى.
11- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية في بيروت، 2000.
12- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، 1968.
13- عبد الرزاق السنهوري، نظريه العقد الجزء الاول، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998.
14- عبد الرزاق ايوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الاولى لسنة2003.
15- عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام(الجزء الثاني)، المكتبة القانونية في بغداد 2018.
16- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، احكام الالتزام، الطبعة الاولى، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1965 م.
17- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الطبعة الخامسة، مطبعة بغداد، 1981.
18- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام الجزء الاول، الطبعة الخامسة، مطبعة نديم، بغداد 1977.
19- عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي الجزء الاول، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1980.
20- عبد المجيد الحيكم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، نظرية الالتزام في القانون المدني، الجزء الاول، العاتك لصناعة الكتب، الطبعة الرابعة 2010.
21- عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات الجزء الاول، منشورات جامعة جيهان الخاصة، اربيل، الطبعة الاولى لسنة 2011.
22- عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2009.
23- غسان رباح، قانون حماية المستهلك الجديد، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الثانية لسنة 2011.
24- محمد حسن قاسم، القانون المدني، المجلد الثاني (العقد)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى 2018.
25- نائل عبد الرحمن صالح، حماية المستهلك في التشريع الاردني، مؤسسة الزهران للنشر والتوزيع عمان، الطبعة الاولى، 1991.
26- نجلاء عبد حسن الاسدي، تدويل عقود المستهلكين واثره في تنازع القوانين، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الاولى، 2020.
27- نسرين حسين ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك، منشورات زين الحقوقية الطبعة الاولى، 2018.
28- الياس ابو عيد، نماذج دعاوى، الجزء السادس منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى 2002.

29- الياس ناصيف، البند الجزائي في القانون المقارن وفي عقد الليزنغ، سنة 1991.

ب- الرسائل والاطاريح

1- طارق محمد مطلق، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة النجاح الوطنية، 2007

2- طلال المهتار، البند الجزائي في القانون المدني، اطروحة دكتوراه، جامعة باريس 1974.

3- عامر القيسي، تطور القانون الوضعي في اساليب توعيه المستهلك، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، مجلد 9عدد 17، كانون الاول، 2006.

4- عامر قاسم احمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، اطروحة دكتوراه، كلية القانون جامعة بغداد، مقدمة في سنة 1998.

5- عبد الرحمن ناجي، خصائص واحكام الشرط الجزائي في القانون المدني العراقي، مجلة العلوم السياسية والقانونية في الجامعة المستنصرية، العراق عدد 2 يناير 1977فقرة 10 وما بعدها.

6- عبد الكريم احمد سلامة، حماية المستهلك في العقود الدولية الالكترونية دراسة مقارنة، مقدمة ضمن اعمال المؤتمر العلمي الاول الذي نظمته كلية شرطة دبي 2003.

7- عبد المحسن سعيد الرويشد، الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه سنة 1983، صادرة عن كلية الحقوق جامعة القاهرة.

8- قصي سلمان هلال، الشرط الجزائي، رسالة ماجستير قدمت إلى كلية القانون في جامعة بغداد، 1996.

9- محمد عبد الحسين ظاهر، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، عدد 2، مجلة الحقوق لجامعة الكويت، كلية الحقوق، 1988.

10- محمد عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي واثرة في العقود المعاصرة، اطروحة دكتوراه، مقدمة لجامعة الملك سعود، سنة 1425هـ

11- محمود جمال الدين زكي، اتفاقات المسؤولية، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة العدد الثالث، 1961م

12- مريم بو حظيش، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة 8 ماي 1945، لسنة 2016.

13- منذر الفضل، احكام الشرط الجزائي، مخطوط ضمن بحوث المؤتمر العلمي الاول حول المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الاسلامية المنعقد في الجامعة الاردنية لسنة 1995.

ثانياً: المصادر

أ- القوانين

1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
2- قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في 1932/3/9.
3- قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم 90/83.
4- قانون الاثبات العراقي الصادر في 1979.
5- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969
6- قانون حماية المستهلك العراقي رقم 1 لسنة 2010.
7- قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 659 لسنة 2005.
8- قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم 65 لسنة 1979 المعدل بالقانون رقم 106 لسنة 1989.

ب- قرارات واحكام قضائية

1- قرار محكمة التمييز العراقي المرقم 1976/2/1144 في 1976/10/12 النشرة القضائية س 4 س 5.
2- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 892 لسنة 2015 موسوعة قضاء محكمة التمييز الاتحادية في العراق.
3- قاضي منفرد مدني في بعبدا رقم 387 تاريخ 1961/11/2 النشرة القضائية لسنة 1961.
4- قرار رقم 572/99، تاريخ 1999/3/18 محكمة الدرجة الاولى المدنية في بيروت، الغرفة الخامسة، الرئيس راشد طقوش، المستشاران ابي راشد وزين.
5- نقض 1983/1/11، طعن 743 س 49 ف، مشار الية لدى ابراهيم سيد احمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي.
6- استئناف بيروت، الغرفة الثالثة المدنية، رقم 87 تاريخ 1973/6/27، العدل 1974 عدد2.
7- الرئيس عبد الصمد، والعضوان: رآبيل ومرتضى، اساس رقم 825 بتاريخ 1988/11/24- الزغبي/قمر الدين ورفاقها.
8- القاضي المنفرد المدني في بيروت الناظر في الدعاوى المالية، تاريخ 2010/1/28، مجلة العدل 2010، العدد الثاني.